

A. I. N° - 148714.0070/06-7
AUTUADO - IBC INDÚSTRIA BAHIANA DE COMPOSTOS PLÁSTICOS LTDA
AUTUANTE - MARIA DA CONCEIÇÃO MACIEL PAOLILO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 27. 11. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0397-01/08

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida pelo autuado. **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao imposto. **2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. PAGAMENTO A MENOS. Infrações acatadas pelo autuado. 4. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. A obrigação principal foi satisfeita com o recolhimento na apuração normal, entretanto, como os destinatários não eram habilitados a operar com o diferimento, o remetente estava obrigado a fazer circular as mercadorias com o imposto pago antecipadamente, acompanhadas do documento de arrecadação. Coube a aplicação da multa de 60% sobre o imposto devido, pelo seu recolhimento intempestivo. Infração parcialmente caracterizada. 5. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Ficou demonstrado, tanto pelo autuante, como pelo autuado, pelo próprio destinatário das mercadorias, bem como pelos dados da inscrição estadual, que o destinatário das mercadorias não era armazém geral no período em que as operações, alvo da presente exigência, ocorreram. Ocorreu o fato gerador do ICMS no momento da saída da mercadoria do estabelecimento autuado, cujo imposto não foi recolhido. Infração caracterizada. 6. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Ficou demonstrado que tanto o importador (importador formal) quando o destinatário (importador real), têm interesse comum na situação que constitui o fato gerado da presente obrigação principal, que a importação em lume. Assim, verifica-se a solidariedade entre ambos, atendendo, portanto, a previsão do art. 124, I do CTN. A alínea “e”, inciso I do art. 58 do RICMS/BA não deixa dúvidas quanto à pertinência da inclusão da CPMF na base**

de cálculo do ICMS, nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior. Fica, portanto, mantida a inclusão da CPMF na base de cálculo do imposto devido na importação e excluídas as despesas de capatazia, tendo em vista que já se encontram, no presente caso, computadas no valor da mercadoria. Fito os ajustes, infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/12/2006, traz a exigência do ICMS, bem como multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 361.752,05, conforme infrações a seguir imputadas:

Infração 01 – multa no valor de R\$ 2.543,14, relativa a 10% (dez por cento) do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, com ocorrência nos meses de janeiro, março e dezembro de 2004, fevereiro e abril de 2005;

Infração 02 – omissão de saída de mercadorias e ou serviços decorrerem do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 16.899,30, multa de 70%, relativo ao mês de janeiro de 2004. Consta que o contribuinte não lançou no Livro de Saída a nota fiscal n 0028;

Infração 03 – recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro de Apuração do ICMS. Imposto exigido no valor de R\$ 40.795,94, multa de 60%, relativo aos meses julho de 2004, maio a julho, setembro a dezembro de 2005;

04 – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outra unidade federativa e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 11.117,34, multa de 60%, relativo aos meses de outubro a dezembro de 2004 e janeiro a dezembro de 2005;

Infração 05 – deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituição tributária por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. ICMS no valor de R\$ 31.658,23, multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2005;

Infração 06 – deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 247.521,07, multa de 60%, relativo aos meses de março, setembro a dezembro de 2005;

Infração 07 – recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. ICMS no valor de R\$ 11.217,03, relativo aos meses de fevereiro, setembro, dezembro de 2004, janeiro, abril, junho a agosto e novembro de 2005.

O autuado, através de advogado, devidamente constituído, apresenta a impugnação ao presente lançamento de ofício, às fls. 1374 a 1384, afirmando, liminarmente, que reconhece expressamente as infrações de números 01 a 04, restando seu inconformismo em relação às infrações de números 05, 06 e 07.

Alega, em relação à infração 05, que destacou o ICMS nas notas fiscais de vendas de sucata, tendo lançado o imposto a débito na sua conta corrente fiscal. Entende que a exigência fiscal resulta em “bis in idem”, já que pagou o imposto na saída da mercadoria, cabendo, portanto, em sua conclusão, a multa por descumprimento de obrigação acessória.

Afirma que não adotou o diferimento por desconhecer a habilitação dos adquirentes dos produtos para a adoção do regime de diferimento. Assim sendo, o Estado da Bahia não foi prejudicado na arrecadação, ou seja, não sofreu qualquer prejuízo, como se comprova com as anexas notas fiscais e correspondentes lançamentos no LRS.

Entende que se não existe habilitação para o diferimento, o art. 344, do RICMS, veda sua utilização, passando então a situação a ser regida pelo regime normal, como levado a efeito pela Autuada. Não havendo, dessa forma, prejuízo para o Estado. Assevera que o CONSEF vem se posicionando assim, conforme Acórdão JF nº 18 JF Nº 2079/00; Acórdão JF nº 0161/99.

Com referência ao item 06, entende que a autuação pretende cobrar ICMS, sem a ocorrência de fato gerador, em razão da simples falta de habilitação, de OUTRO CONTRIBUINTE, para funcionar como depósito fechado. Lembra que a exigência decorre da remessa de mercadorias para depósito, não tendo o destinatário comprovado possuir inscrição estadual para funcionar como "depósito fechado" e que a autuante alega que a empresa declarou não ter realizado as operações.

Afirmam que a exigência fiscal, no particular, é inteiramente insubsistente, na medida em que as operações foram regularmente realizadas e documentadas, não se efetivando, através dos fatos narrados no AI, o fato gerador da obrigação tributária. No máximo, se poderia aplicar, contra o "depósito", que operou sem a devida inscrição estadual, uma multa pelo descumprimento de obrigação acessória.

Argüi que, consoante documentos anexos, quais sejam, proposta comercial, demonstrativos de pagamentos pelos serviços (devidamente contabilizados) e notas fiscais de remessa para depósito e retorno de armazenagem, as operações foram realizadas dentro da mais perfeita ordem e regularidade, com exceção da questão formal, correspondente à inscrição estadual da EXPRESSO NEPOMUCENO L TDA, situação que somente foi regularizada em 26/04/2006.

Complementa afirmando que as mercadorias que saíram do estabelecimento autuado, foram armazenadas na E. NEPOMUCENO, e voltaram ao estabelecimento de origem. As notas fiscais anexas demonstram com clareza e precisão tais circunstâncias, não se constatando nos documentos qualquer indício de irregularidade. Consigna que documentação apresentada, pelo contrário, prova a coincidência de todos os dados relativos aos produtos, quantidades, valores e LOTES DOS PRODUTOS. Afirmo que as notas de retorno, emitidas pela EXPRESSO NEPOMUCENO LTOA, mencionam inclusive os documentos de origem.

Conclui que poderia, como visto, a EXPRESSO NEPOMUCENO negar que realizou as operações, pois a documentação ora carreada comprova que, apesar de não credenciada para tanto, vinha a referida empresa atuando como depósito. Tanto vinha atuando no ramo de depósito fechado, possuindo toda a condição para tanto, que posteriormente a SEFAZ/BA a credenciou. A Autuada, por seu turno, emitiu e escriturou regularmente as operações, pagando a preço contratado pelo serviço. As operações que realizou não estão sujeitas ao ICMS, não podendo fato acessório concernente ao ato irregular da depositária ser erigido a condição de fato gerador do ICMS.

Aduz que as mercadorias, identificadas, inclusive pelos lotes, saíram e retomaram ao estabelecimento autuado, sendo, posteriormente comercializadas e tributadas, observadas as condições da Resolução nº 04/2003, que a habilitou no BAHIA PLAST. Assevera que a única falha, vale repetir, foi cometida pela depositária, que não possuía inscrição estadual para trabalhar como depósito e prestou o serviço assim mesmo.

Considera possível afirmar, inclusive, que a Autuada é sujeito passivo ilegítimo, pois, como já abordado, não existe qualquer relação da mesma com o fato gerador do ICMS. Afirmo que, nesse sentido, a PGE/PROFIS e o CONSEF, têm se posicionado, conforme ACORDÃO CJFNº 0249-12/05; ACORDÃO CJF Nº 0053-11/06.

Entende que a ilegitimidade passiva ora comentada, contudo, é absorvida pela improcedência da exigência. Não é a falta de inscrição estadual, obrigação acessória de outrem, que caracteriza como tributada uma operação não tributada, como pretende o lançamento de ofício. Em casos semelhantes, o CONSEF também firmou entendimento de que caberia, no máximo, penalidade sobre o agente que praticou a infração de caráter acessório. Eis alguns julgados do CONSEF, conforme Acórdão CJF nº 1.540/00; Acórdão CJF nº 0475-11/02.

Considera que não há dúvidas de que as operações autuadas encontram-se amparadas pelo disposto nos art. 6º, inciso, VI, alíneas "a" e "c", 668, do RICMS/BA.

Destaca que a não incidência prevista nos dispositivos acima transcritos não se encontra sujeita a qualquer condição, o que mais uma vez revela que as remessas e retornos, uma vez comprovadas e realizadas de forma documentada e regular, que o descumprimento da obrigação acessória pelo depositário não pode fazer nascer a obrigação principal para o remetente. Entende que é inteiramente improcedente, como visto, este item da autuação.

Quanto ao item 07, que reclama ICMS sobre importações a título de erro na determinação da base de cálculo, registra que a base de cálculo apontada no AI não foi apurada de forma regular. Os itens 01 a 04 e 07, do demonstrativo intitulado "DETALHAMENTO DA IMPORTAÇÃO", de logo devem ser excluídos, pois se reportam às operações feitas por estabelecimento diverso, ou seja, pela AMPACET, CNPJ nº 00.55.008/0001-30, sendo as mercadorias remetidas para a Autuada, posteriormente, após a nacionalização das mesmas, em operações internas (dentro do Brasil).

Afirma que os itens 08, 09, 11 a 17 e 19, do mesmo demonstrativo, mostram, conforme demonstrativo e documentos anexos, que existe uma diferença a favor do fisco de apenas R\$ 389,54. Consoante comprovantes de importação e de arrecadação, para cada operação, anexos, o ICMS foi recolhido quase que 100% correto. As diferenças apresentadas no AI decorrem da não observância de que a taxa de CAPATAZIA já havia sido incluída na apuração (CIF). Aliás, o desembaraço das mercadorias somente é finalizado com o pagamento dos impostos, com homologação pela SEFAZ.

Assevera que a Autuante incluiu para fins de apuração a CPMF, o que não encontra amparo na Lei Complementar nº 87/96, suportada pelos princípios gerais (artigo 146) e específicos (artigo 155, XII), estatuídos pela Constituição Federal. De mais a mais, a CPMF é uma contribuição cujo fato gerador é posterior ao fato gerador da importação, só ocorrendo se o pagamento da importação e despesas a ela ligadas for realizado através do sistema de compensação bancária. Ainda assim é fato não vinculado a importação. A incidência da CPMF, pois, ocorre após o desembaraço das mercadorias importadas, tributadas na forma legal acima citada. Não se pode, ainda que por ficção, antecipar o fato gerador da CPMF. O fato gerador da CPMF é autônomo. Trata-se de uma contribuição financeira sem qualquer ligação com os atos de comércio inerentes à importação. Conclui, assim, que sua inclusão na base de cálculo, portanto, não encontra respaldo legal.

Assevera, quanto ao que tange aos itens 05, 06, 10 e 18, do demonstrativo analítico de débito que instrui o lançamento, que após exclusão da CPMF e da regularização do cálculo correspondente a CAPATAZIA, em verdade a Autuada pagou ICMS a maior, no total de R\$ 1.596,16, como mostram o demonstrativo e documentos anexos. O item 07, assim, é procedente em parte, sendo devido apenas R\$ 389,54, importância que pode ser compensada com o saldo credor, do mesmo item, de R\$ 1.596,16, o que fica expressamente requerido.

Conclui que, ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior a juntada de novos documentos e, lastreada pela farta documentação anexa, a revisão para se determinar a ausência de prejuízo para o Estado nos itens 05 e 06, bem como para a conferência da base de cálculo relativa ao item 07, a Autuada protesta pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a condenação limitada aos valores expressamente confessados.

A autuante apresenta a informação fiscal, às fls. 1622 e 1623, afirmando que em relação à infração 05, o contribuinte alega que o Erário Público Estadual não foi prejudicado pela falta de pagamento do imposto diferido nas vendas de sucata. Ressalta que houve efetivamente o descumprimento da legislação e que o contribuinte utiliza-se do benefício fiscal do programa Bahiaplast que lhe permite acumular créditos. Salienta que no caso pouco provável, deste Conselho decidir pela improcedência da autuação deve permanecer a multa do artigo 915, inciso II, conforme determina o artigo 915, XXII, parágrafo 1º, II (60%).

Quando a infração 06, assevera que efetivamente a operação descrita foi efetuada indo de encontro às normas legais. Portanto, entende, que deve ser mantida. A Infração encontra-se devidamente caracterizada e as provas encontram-se neste Auto.

Em relação à infração 07, quanto aos itens de 01 a 04 e 07, o artigo 47, X, estabelece que o local da operação é o do estabelecimento onde ocorra a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior. Já o artigo 573, parágrafo 1º, estabelece que o imposto será recolhido pelo importador, em favor da unidade federada em cujo território tiver ocorrido a entrada física das mercadorias. Entende, assim, que a empresa é responsável por solidariedade conforme determina o artigo 39.

Afirma que as operações de capatazia que constavam no preço CIF não foram consideradas, foi observado que a Empresa responsável pelo cálculo cobrou outro valor referente à capatazia. Portanto, foi comprovado que a capatazia incluída no preço se refere à retirada da mercadoria do navio. Porém, posteriormente a mercadoria foi transportada nas dependências do porto para ser enviada ao destinatário. Afirma que no demonstrativo somente constam estes valores. Reitera, assim, a autuação.

Em relação à CPMF, aduz que o art. 58 estabelece que fazem parte da Base de Cálculo quaisquer outros impostos, taxas e contribuições, além de despesas aduaneiras, portanto, conclui que autuação encontra-se correta.

À fl. 1626, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal pede diligência à ASTEC/CONSEF para que se analise os documentos apresentados pela Autuante e, caso necessário, apresenta novo demonstrativo de débitos com os valores do ICMS devido, em relação à infração 07.

Atendendo ao pedido, às fls. 1627 a 1628, o diligente aponta os documentos às fls. 65 a 335 e 406 a 479, todos relativos à Infração 7, constatando o seguinte:

Itens 1 a 4 e 7 do demonstrativo de fl. 63: Os documentos relativos às operações de importação (fls. 65 a 335 e 406 a 479) que se referem a tais itens, demonstram que os desembaraços aduaneiros ocorreram no Porto de Salvador, especialmente as declarações de importação, atentando, inclusive, que as GNREs comprovam o recolhimento do ICMS a favor da Bahia. Entende ser a autuação pertinente por ter ocorrido em conformidade com a legislação citada pela Autuante na Informação Fiscal de fl. 1622.

Itens 6, 8, 9, 11 a 14: No que se refere às despesas de capatazia, aduz que obteve informação de procedimento junto a Agente Marítimo conforme segue: Exceto no caso de importação de mercadoria a granel, o importador, para agilizar o processo de desembarque no porto de destino, poderá adiantar o pagamento da despesa de capatazia diretamente ao Agente Marítimo fazendo incluir tal valor no preço da mercadoria. Nesse caso, obrigatoriamente, o valor da capatazia deverá estar discriminado no Conhecimento de Transporte (BL-Bill of Lading). Assim, tendo constatado a situação descrita apenas nos BLs de fls. 380, 486, 557, 596, 628, 661 e 697 relativos aos itens acima, ajustamos a planilha de fl. 63, efetuando a exclusão dos seus respectivos valores do cálculo do ICMS vez que já integram o valor da mercadoria, conforme planilha anexa.

Em relação à CPMF, entende que o seu valor deve integrar a base de cálculo do ICMS, tendo em vista o previsto no art. 58-I do RICMS/BA; todas as despesas aduaneiras que integram a base de cálculo do ICMS da importação, assim como a CPMF, ocorrem após o processo de desembarço

aduaneiro; o Fato Gerador do ICMS importação é o desembaraço aduaneiro e a base de cálculo da tributação se forma conforme o art. 58-I. Desse modo, em razão dos ajustes relativos à Infração 76, apresenta um novo demonstrativo de débito.

Consta às fls. 1641 a 1643, requerimento da Expresso Nepomuceno Ltda, informando que as operações de remessa e retorno constata da defesa em relação à infração 06, efetivamente ocorreram.

O impugnante, às fls. 1693 a 1695, volta a se pronunciar afirmando que reitera todos os termos da defesa e aproveita a oportunidade para juntar cópia dos comprovantes de pagamento das parcelas acatadas. Aduz que a ASTEC não se pronunciou sobre a alegação de que os itens 01 a 04 e 07, do demonstrativo intitulado "DETALHAMENTO DA IMPORTAÇÃO". reportam-se a operações feitas por estabelecimento diverso, ou seja pela AMPACET, CNPJ nº 00.55.008/0001-30. Sendo as mercadorias remetidas para a Autuada, posteriormente, após a nacionalização das mesmas, em operações internas (dentro do Brasil). Assim, tais valores não são de responsabilidade da Autuada e devem ser excluídos do auto.

Assegura, em relação aos itens 06, 08, 09, 11 e 14, que a ASTEC apurou que a defesa é eficaz, extraindo tais importâncias. Contudo, não observou, quanto aos itens 17 e 19, do mesmo demonstrativo, que, conforme demonstrativo e documentos anexos à defesa, existe uma diferença a favor do fisco de apenas R\$ 389,54. Isso porque, de acordo com os comprovantes de importação e de arrecadação, para cada operação, anexos, o ICMS foi recolhido quase que 100% correto. As diferenças apresentadas no AI decorrem da não observância de que a taxa de CAPATAZIA já havia sido incluída na apuração (CIF). Aliás, o desembaraço das mercadorias somente é finalizado com o pagamento dos impostos, com homologação pela SEFAZ.

No que tange à CPMF, afirma, com o devido respeito à valiosa ASTEC, que a inclusão ou não na base de cálculo é matéria de direito, fugindo ao órgão de assessoria competência para se manifestar. Não obstante, a ASTEC comete equívoco ao entender que a CPMF deve compor a base de cálculo do ICMS na importação. Tal pretensão não encontra amparo na Lei Complementar nº 87/96, suportada pelos princípios gerais (artigo 146) e específicos (artigo 155, XII), estatuídos pela Constituição Federal.

Complementa que a CPMF é uma contribuição cujo fato gerador é posterior ao fato gerador da importação, só ocorrendo se o pagamento da importação e despesas a ela ligadas for realizado através do sistema de compensação bancária. Ainda assim é fato não vinculado a importação. A incidência da CPMF, pois, ocorre após o desembaraço das mercadorias importadas, tributadas na forma legal acima citada. Não se pode, ainda que por ficção, antecipar o fato gerador da CPMF. O fato gerador da CPMF é autônomo. Trata-se de uma contribuição financeira de cunho e natureza específica, sem qualquer ligação com os atos de comércio inerentes à importação. Alega que o art. 58, I, "e", do RICMS, citado pela ASTEC, não pode se sobrepor aos dispositivos legais e constitucionais acima citados.

Entende que, muito embora não tenha sido objeto do pronunciamento da ASTEC, é bom lembrar, no que tange aos itens 06, 10 e 18, do demonstrativo analítico de débito que instrui o lançamento, que após exclusão da CPMF e da regularização do cálculo correspondente a CAPATAZIA, em verdade a Autuada pagou ICMS a mais, no total de R\$ 1.596,16, como mostram o demonstrativo e documentos anexos. O item 07, assim, é procedente em parte, sendo devido apenas R\$ 389,54, importância que pode ser compensada com o saldo credor, do mesmo item, de R\$ 1.596,16, o que fica expressamente requerido.

Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, lastreada pela farta documentação anexa, e revisão para se determinar a ausência de prejuízo para o Estado nos itens 05 e 06, a Autuada protesta pela

PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a condenação limitada aos valores expressamente confessados.

A 1ª JJF, à fl. 1.703, a vista do teor das alegações trazidas pela defesa, deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC para que o Auditor diligente:

- 1) - analise os argumentos defensivos, relativos aos itens 1 a 4, 7, 17 e 19, bem como a alegada falta de prejuízo ao Estado em relação aos itens 05 e 06, concernentes aos demonstrativos da infração 07;
- 2) efetue, se necessário, novos demonstrativos, inclusive um novo demonstrativo de débito do auto de infração.

A diligente, às fls. 1705 a 1707, fez alguns esclarecimentos quanto à forma de operacionalização da empresa referentes às importações de mercadorias do exterior, quanto aos itens 01 a 04 da Infração 07.

Após as considerações acima, e analisando as argumentações da autuada afirma que, quanto aos itens 01 a 04, a defesa apresentada pela empresa reporta-se basicamente ao fato de que tais valores exigidos no auto de infração, não são de responsabilidade da autuada, haja vista que as mercadorias em apreço foram importadas pela AMPACET, sendo as mesmas após o desembaraço, vendidas à autuada. Destaca que o parecer da ASTEC de fls. 1627 apenas informa que o desembaraço aduaneiro ocorreu no Porto de Salvador e que o imposto foi recolhido através de GNRE em favor da Bahia e que a autuação fiscal está em conformidade com a legislação, ou seja, conforme determina o art. 39 (fls. 1622). Como a divergência de entendimento trata de matéria de mérito, quanto à aplicação do artigo 39 do RICMS, ou seja, exigência do ICMS devido na importação com base na responsabilidade solidária, entende que não cabe ao diligente da ASTEC emitir juízo de mérito, fato este impeditivo para exclusão de crédito tributário, constante do Detalhamento de Importação de fls. 1.629.

Quanto aos itens 05 e 06, especificamente no que concerne à alegada falta de prejuízo ao Estado, afirma que não corresponde aos itens da infração 07 e sim à infração 05 conforme consta da Defesa apresentada pela autuada às fls. 1.376;

Afirma que no teor da defesa de fls. 1694 e 1695, quanto aos itens 05, 06, 17 e 19, a alegação de que o autuante e a ASTEC consideraram indevidamente o valor da CPMF (itens 05, 01 07, 17 e 19) e da capatazia (itens 06, 17 e 19), na base de cálculo para apuração do ICMS sobre importação, ressalvado que ocorreu um equívoco, pois a CPMF é uma contribuição cujo fato gerador é posterior ao fato gerador da importação, não é vinculado à importação e ocorre após o desembaraço das mercadorias importadas e que o valor da capatazia já está incluído no preço da mercadoria. Argumenta ainda que, após a exclusão da CPMF do cálculo do imposto e da regularização referente ao valor correto referente à capatazia, a autuada possui um crédito no valor de R\$1.596,16. Quanto a este fato, como a matéria em discussão trata da aplicação do artigo 58 do RICMS, com a inclusão ou não do valor da CPMF na base de cálculo para apuração do ICMS devido sobre a importação, não cabe ao diligente da ASTEC manifestar-se sobre matéria de mérito, ou seja, sobre a aplicação do direito no fato concreto.

Assevera, quanto à inclusão da capatazia no valor da mercadoria, que consta nas Dls., referentes aos itens 06 (fls. 378-vlr. R\$530,00 já excluído do demonstrativo ASTEC de fls. 1629), 17 (fls. 8144 R\$1.350,00) e 19 (fls. 887-R\$1.020,00), a informação da ocorrência deste fato, através de declaração emitida pela Secretaria da Receita Federal, órgão responsável pela fiscalização e controle das importações. Diante do acima exposto, informa da impossibilidade de quantificar o valor ajustado do débito fiscal relativo à Infração nº 07, em razão da necessidade de posterior julgamento quanto à matéria de direito, referente à aplicação dos artigos 39 e 58 do RICMS, ao caso concreto.

Elabora, por fim, demonstrativo (fl. 1708) retificando apenas os valores referentes à capatazia.

O autuado volta a se manifestar nos autos, às fls. 1714 e 1715, desta vez sobre o Parecer ASTEC nº 126/2008. Reitera todos os termos da defesa, reafirmando que os itens 01 a 04 e 07, do demonstrativo intitulado “DETALHAMENTO DA IMPORTAÇÃO”, reportam-se a operações feitas por estabelecimento diverso, ou seja, pela AMPACET, CNPJ nº 00.55.008/0001-30, sendo as mercadorias remetidas para a Autuada, posteriormente, após a nacionalização das mesmas, em operações internas (dentro do Brasil). Assim, notadamente que tenham sido esgotados os meios de cobrança ao responsável tributário, tais valores não são de responsabilidade da Autuada e devem ser excluídos do auto.

Afirma que em relação às demais informações contidas às fls. 1706 e 1707, não trazem qualquer modificação ou elemento que justifique a manutenção das parcelas inerentes aos pontos discutidos, deixando claro, inclusive, que somente após a manifestação de mérito pelo CONSEF ajustes nos valores autuados devem ser realizados. Destaca a ausência de prejuízo ao Estado, no que tange aos itens 05 e 06, afirmando que, apesar de constar expressamente solicitação da JJF, não foi sequer investigado, tornando inócuo o parecer e prejudicando a defesa. Renova, assim, também em relação a estes itens, o teor da defesa e demais pronunciamentos.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, lastreada pela farta documentação já anexada ao PAF, e cumprimento do pedido de revisão para se determinar a ausência de prejuízo para o Estado nos itens 05 e 06, a Autuada protesta pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a condenação limitada aos valores expressamente confessados.

Consta dos autos, às fls. 1722 a 1724, relatório de pagamento parcial do crédito tributário reclamado.

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência tributária relativa a 07 infrações, cujas infrações 01 a 04 foram expressamente reconhecidas pelo autuado, restando à insurgência contras as infrações 05, 06 e 07.

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas direta ou indiretamente pelo autuado, uma vez que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes do processo administrativo fiscal.

Fica consignado que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Cabe, preliminarmente, relatar que foi atendido o pedido de diligência para esclarecer e sanar as dúvidas suscitadas e efetuar os ajustes necessários nos valores reclamados. Quanto às demais questões, inclusive as não apreciadas, eventualmente, pelo diligente, se tornaram desnecessárias a avaliação do mesmo, tendo em vista as conclusões quanto ao mérito das questões, especialmente às relativas às infrações 05 e 06, haja vista que os elementos existentes no processo foram suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Cumpre consignar, quanto a infração 05, que as notas fiscais, alvos da presente exigência tributária, constam o respectivo destaque do ICMS e encontram-se lançadas nos respectivos livros de saídas, conforme consta dos cópias dos livros e documentos às fls. 1389 a 1478. Não consta que o autuado deixou de recolher o imposto lançado no livro de apuração, bem como não consta que não foram transferidos os valores do livro de Saída para o de Apuração. Verifico, também, que art. 509, § 6º, I, combinado com o art. 344 do RICMS/BA, exige a habilitação do adquirente ou destinatário, para a concessão do benefício do diferimento. Observo, contudo, que todos adquirentes das mercadorias

que se resumem as inscrições estaduais números 51711923 e 55543369, segundo consta nos sistemas informatizados da SEFAZ, não estavam habilitados a operar com tal regime. Assim, estaria o autuado obrigado, no momento das saídas das aludidas sucatas, fazer acompanhar as notas fiscais dos respectivos documentos de arrecadação, na forma inciso I, §1º, art. 348 do RICMS/BA.

Considerando o fato que o autuado não atendeu ao disposto no inciso I, §1º, art. 348 do RICMS/BA, contudo recolheu o imposto através da apuração normal, cabe apenas a aplicação da multa prevista no art. 42, II, alínea “d” da Lei 7014/96, artigo 915, XXII, parágrafo 1º, II, ou seja, 60% do imposto não recolhido tempestivamente.

Em outro dizer, a obrigação principal foi satisfeita com o recolhimento na apuração normal, entretanto, como os destinatários não eram habilitado a operar com o diferimento, o remetente estava obrigado a fazer circular as mercadorias com o imposto pago antecipadamente, acompanhadas do documento de arrecadação. Coube a aplicação da multa de 60% sobre o imposto devido, pelo seu recolhimento intempestivo.

Assim, fica alterado o demonstrativo de débito da infração 05, como segue:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Imposto devido (RS)	Multa de 60%
07.15.03	5	30/1/2005	9/2/2005	1.730,64	1.038,38
07.15.03	5	28/2/2005	9/3/2005	2.396,32	1.437,79
07.15.03	5	31/3/2005	9/4/2005	865,30	519,18
07.15.03	5	30/4/2005	9/5/2005	931,09	558,65
07.15.03	5	31/5/2005	9/6/2005	1.491,19	894,71
07.15.03	5	30/6/2005	9/7/2005	1.288,26	772,96
07.15.03	5	31/7/2005	9/8/2005	4.267,85	2.560,71
07.15.03	5	31/8/2005	9/9/2005	1.124,96	674,98
07.15.03	5	30/10/2005	9/11/2005	3.794,83	2.276,90
07.15.03	5	30/11/2005	9/12/2005	1.076,61	645,97
07.15.03	5	31/12/2005	9/1/2006	12.691,18	7.614,71
TOTAL				31.658,23	18.994,94

Já em relação à infração 06, o autuado efetuou saídas de mercadorias, com não incidência do imposto, uma vez que considerou equivocadamente o estabelecimento destinatário, neste Estado, como armazém geral. Ficou demonstrado, tanto pelo autuante, como pelo autuado, pelo próprio destinatário das mercadorias - que declara não ter operado como Armazém Geral no período em questão -, bem como pelos dados da inscrição estadual do destinatário, que o mesmo não era armazém geral no período em que as operações, alvo da presente exigência, ocorreram. Considero, dessa forma, que as operações, em questão, efetuadas pelo autuado não estavam amparadas pela não incidência do imposto, ocorrendo efetivamente o fato gerador do ICMS no momento da saída das mercadorias do estabelecimento autuado, cuja exigência tributária decorrente não foi satisfeita.

É importante destacar que o inciso I do art. 2º, que fixa a regra do momento da ocorrência do fato gerador, citada anteriormente, inclui para efeito de incidência, atendendo ao princípio da circulação física, jurídica e econômica do ICMS, até mesmo os casos de doações e transferência, assim entendida, nesse último, a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular. Não há o que se falar, também, em retorno das mercadorias, pois este é outro fato gerador, cujo imposto não foi recolhido, devendo ser alvo de ação fiscal para sua apuração.

Observe, assim, que não haver coincidência entre as decisões dos órgãos fracionários desse CONSEF, apresentadas pela defesa, e a questão em lume, tendo em vista que, no presente caso, ocorrera efetivamente o fato gerador, sem a aludida não incidência, resultando na falta de recolhimento do imposto correspondente.

Em seguida, cabe a análise da infração 07, que reclama o ICMS sobre importação a título de erro na determinação da base de cálculo.

Inicialmente é pertinente verificar a questão relativa à condição do autuado para compor o pólo passivo da relação jurídico-tributária, já que entende não lhe caber responsabilidade das diferenças devidas.

Decisões anteriores de outras unidades de julgamento desse CONSEF, já analisaram a questão e concluíram, a exemplo do Acórdão nº 0047-11/06 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, o que segue:

(...)

Contudo, o art. 2º, § 1º, I, da LC 87/96, dispõe que o ICMS incide também sobre a entrada de mercadoria importada do exterior. Já o art. 4º, IX, da Lei nº 7.014/96, considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento do desembarço aduaneiro de mercadoria ou bem importado do exterior. Assim, o momento do recolhimento do ICMS sobre a operação de importação é no desembarço aduaneiro, momento este sob responsabilidade tributária do importador, o qual deveria recolher o imposto em favor da unidade federada do destino físico da mercadoria, por meio de GNRE, sob pena de ser legítimo o lançamento de ofício contra o importador, por força da natureza da norma complementar.

Corroborando com este entendimento o RICMS, através do seu art. 573, I e § 1º, preconiza que nas operações de importação de mercadorias ou bens procedentes do exterior, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias ou bens, quando destinados a unidade federada diversa da do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade ou de título que os represente sem que os mesmos transitem pelo estabelecimento importador, e que este será recolhido pelo importador, em favor da unidade federada em cujo território tiver ocorrido a entrada física das mercadorias ou bens, por meio de documento de arrecadação previsto em sua legislação ou da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE).

Sendo assim, concluo que poderia ter sido exigido o ICMS tanto empresa General Motors como das concessionárias situadas na Bahia, contribuintes que receberam fisicamente os produtos importados, por se tratar de operações já realizadas, inclusive com as efetivas entradas físicas dos bens importados nos estabelecimentos destinatários. Contudo, não há como se responsabilizar o autuado (CISA TRADING) já que apenas esta intermediou a importação, sendo que o real importador foi a empresa General Motors.

Do exposto, por entender que o autuado não é o sujeito passivo da presente relação jurídico-tributária, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício que julgou NULO o Auto de infração.

Assim, represento à autoridade competente para que instaure novo procedimento fiscal, nos termos do artigo 156, do RPAF/99, contra os responsáveis legais pelo recolhimento do ICMS, isto é, o efetivo importador, no caso a General Motors, ou os contribuintes situados no território baiano onde ocorreram as entradas físicas das mercadorias importadas do exterior, observado o prazo decadencial.

Em consonância com decisão proferida pela 1ª CJF, acima alinhada, considero que há, no presente caso, um importador real que é o autuado, estabelecimento em que ocorreu a entrada física das mercadorias ou bem, bem como a existência do “importador formal” que é a empresa constante formalmente como importadora nos documentos de importação. Na importação de mercadorias ou bens procedentes do exterior, o fato gerador do ICMS ocorre no ato do desembarço aduaneiro (aspecto temporal da norma tributária), sendo que, no que concerne ao local da ocorrência do fato gerador (aspecto espacial), em se tratando de operação submetida ao tratamento especial do chamado “destino físico”, o art. 11, I, “d”, da Lei Complementar nº 87/96 desconsidera a pessoa do “importador formal”, para ter o fato como tendo sido verificado no local do estabelecimento onde ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior (importador real). Ou seja, o imposto de importação pode ser exigido importador formal, no caso a Ampacet, ou do contribuinte situados no território baiano onde ocorreram as entradas físicas das mercadorias importadas do exterior, ou seja, o autuado. Fica evidente que ambos têm interesse comum na situação que constitui

o fato gerado da presente obrigação principal na importação em lume. Assim, verifica-se a solidariedade entre o importador formal e o importador real, atendendo a previsão do art. 124, I do CTN, como segue:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.”

Ultrapassada a questão da responsabilidade, resta enfrentar as questões relativas à pertinência da inclusão na base de cálculo do imposto devido na importação de mercadorias efetuadas pelo autuado.

Em relação a essa questão, sem entrar no mérito da pertinência da manifestação do diligente quanto às questões de direito, considero as suas conclusões acertadas, na medida em que comprova que às despesas de capatazia, constantes do BLs de fls. 380, 486, 557, 596, 628, 661 e 697 foram incluídas no tal valor do preço da mercadoria, efetuando, portanto, a exclusão dos seus respectivos valores do cálculo do ICMS exigido no presente lançamento de ofício, vez que já integram o valor da mercadoria.

Quanto à CPMF, o seu valor deve integrar a base de cálculo do ICMS, visto que o determina o art. 58-I do RICMS/BA. Todas as despesas aduaneiras que integram a base de cálculo do ICMS da importação, assim como a CPMF, ocorrem após o processo de desembaraço aduaneiro; o fato gerador do ICMS importação, assim como o momento da incidência do imposto, é o desembaraço aduaneiro da mercadoria ou bem importados do exterior (art. 2º XI do RICMS-BA) e a base de cálculo da tributação se forma conforme o art. 58-I, incluindo valores dos itens nele listados cobrados ou debitados ao contribuinte, entre eles as contribuições tributárias como bem confirma os demonstrativos dos agentes aduaneiros de fls. 340, 501, 537, 580, 615, 650, 678, 692, 727, 753, 838 e 903.

“**Art. 58.** Observado o disposto no art. 52, a base de cálculo do ICMS nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior é:

I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, a soma das seguintes parcelas:

a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação;

b) o Imposto sobre a Importação;

c) o Imposto sobre Produtos Industrializados;

d) o Imposto sobre Operações de Câmbio;

e) quaisquer outros impostos, taxas e contribuições, além de despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração;”

A alínea “e”, inciso I do art. 58 do RICMS/BA, acima transcrita, não deixa dúvidas quanto à pertinência da inclusão da CPMF na base de cálculo do ICMS, nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior, quando cita especificamente, inclusive, as contribuições. Fica, portanto, mantida a inclusão da CPMF na base de cálculo do imposto devido na importação.

Verifico, entretanto, que o primeiro diligente, apesar de apurar a pertinência da exclusão das despesas de capatazia, não consubstanciou esse entendimento em seu demonstrativo de débito à fl. 1628, ou seja, não excluiu os respectivos valores. Assim, considerando este fato, e tendo em vista que a segunda diligente refez a planilha de cálculos com as exclusões das despesas de capatazia, que o primeiro diligente não considerou, resta indicar os valores devidos corretamente calculados na forma do demonstrativo à fl. 1708 dos autos, que totaliza o ICMS devido na infração 07, em R\$ 9.360,54, resultante de todos os ajustes pertinentes.

Quanto aos valores alegadamente recolhidos a mais do que o devido, devem ser alvo de pedido de restituição na forma do RPAF/BA.

Considerando não haver óbice legal e que o autuado reconhece as infrações 01 a 04, considero-as subsistentes; caracterizada a infração 06 e parcialmente subsistente a infração 07. Quanto a infração 5, sua subsistência é parcial, considerando que foi satisfeito o pagamento da obrigação principal, porém remanescendo o cometimento de infração acessória vinculada a obrigação principal razão pela qual foi aplicada a penalidade de 60%.

Voto, portanto, na PROCEDENCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, que totaliza, entre multa por descumprimento de obrigação acessória e obrigação principal do ICMS, o valor de R\$ 347.717,70, devendo ser homologado o quanto recolhido, conforme consta às fls. 1721 a 1724.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **148714.0070/06-7** lavrado contra **IBC INDÚSTRIA BAHIANA DE COMPOSTOS PLÁSTICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$326.179,62**, acrescido das multas de 60%, sobre 309.280,32 e de 70% sobre R\$16.899,30, previstas nos incisos II, alíneas “a”, “b”, “f”, III, do art. 42, da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$21.538,08**, previstas nos incisos IX, II alínea “d”, do mesmo artigo e dispositivo legal, com os acréscimos moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o quanto recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões CONSEF, 19 de novembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR